

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### **L'impact du droit international des droits de l'homme sur le statut du jeune et sur le droit de la famille**

Fierens, Jacques; Mathieu, Géraldine

*Published in:*  
Les jeunes et le droit

*Publication date:*  
2017

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Fierens, J & Mathieu, G 2017, L'impact du droit international des droits de l'homme sur le statut du jeune et sur le droit de la famille. Dans H Preumont & I Stevens (eds), *Les jeunes et le droit: approche pluridisciplinaire*. Jeune barreau de Namur, Anthemis, Limal, p. 77-104, Les jeunes et le droit, Namur, Belgique, 2/06/17.

#### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# L'impact du droit international des droits de l'homme sur le statut du jeune et sur le droit de la famille

Jacques FIERENS

*Professeur à l'Université de Namur, à l'Université catholique de Louvain  
et à l'Université de Liège  
Avocat au barreau de Bruxelles*

Géraldine MATHIEU

*Chargée d'enseignement à l'Université de Namur*

## Introduction – Les jeunes, les enfants et les mineurs

Il n'est plus possible, aujourd'hui, d'évoquer «les jeunes et le droit» sans se référer au droit international des droits de l'homme, au point que, comme dans bien d'autres domaines, la traditionnelle dichotomie entre droit privé et droit public, voire entre droit interne et droit international, s'en trouve profondément érodée.

Le sujet du jour concerne «les jeunes». On songe spontanément à des adolescents alors que juridiquement, le vocable «jeune» désigne une personne de 0 à 18 ans, donc également un bébé ou un jeune enfant.

L'introduction de ce terme est relativement récente dans notre droit. Elle remonte aux années nonante et aux décrets communautaires de l'époque<sup>1</sup>. Le Code civil, comme l'a fait la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, selon son intitulé d'origine, privilégie le vocable aux accents plus techniques de «mineur»<sup>2</sup>. La Constitution évoque plus tardivement «l'enfant» en son article 22bis introduit par la loi du 23 mars 2000, sous l'influence, précisément, du droit international, spécialement de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989<sup>3</sup>. Ce n'est que lorsqu'il vise

<sup>1</sup> Voy. le décret de la Communauté française du 4 mars 1991 relatif à l'aide à la jeunesse, le décret de la Communauté flamande du 28 mars 1990 modifiant le décret du 27 juin 1985 relatif à l'assistance spéciale à la jeunesse ou le décret de la Communauté germanophone du 20 mars 1995 concernant l'aide à la jeunesse.

<sup>2</sup> Les modifications introduites par la loi du 13 juin 2006 modifiant la législation relative à la protection de la jeunesse et à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction évoquent les «jeunes».

<sup>3</sup> On peut citer également la Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale.

implicitement des adolescents que le droit international utilise l'expression «jeunes», comme par exemple dans les «Principes directeurs de Ryad»<sup>4</sup> qui concernent la délinquance juvénile. Il n'existe toutefois pas de définition uniforme de l'«enfant» dans les traités, le droit dérivé ou la jurisprudence internationale.

Cette évolution sémantique, qui tend à voir un jeune là où il y a un enfant, n'est pas dépourvue de signification. Elle a tendance, en conformité avec l'air du temps, à «grandir» l'enfant, à l'autonomiser, à souligner ses responsabilités, parfois, comme pour les «jeunes radicalisés» ou revenant de Syrie, à faire purement et simplement oublier qu'ils sont des enfants.

## Section 1

### Les instruments internationaux et les droits des jeunes ou de l'enfant

#### Sous-section 1

##### Des déclarations, des conventions, des résolutions, des recommandations

Le droit international influence le droit applicable en Belgique dans son ensemble d'abord en rappelant justement qu'un jeune est un enfant, protégé juridiquement en tant que tel. Son statut international se développe à travers de multiples conventions, déclarations, résolutions, recommandations. Nous nous bornerons ici à mentionner les principaux traités, qu'ils soient dénommés conventions, chartes ou pactes. Leur intérêt est bien sûr de déployer des effets juridiques plus fermes que les résolutions ou les recommandations<sup>5</sup>, et ils ont évidemment, pour cette raison, davantage influencé le statut des jeunes et le droit de la famille.

#### Sous-section 2

##### Les principaux traités relatifs aux droits des jeunes et aux droits de l'enfant

Les deux principaux traités concernant les droits des jeunes ou de l'enfant sont la Convention européenne des droits de l'homme du Conseil de l'Europe (ci-après CEDH), que tout juriste connaît, spécialement en son article 8 qui protège la vie privée et familiale, ainsi que la Convention internationale relative

<sup>4</sup> Principes directeurs des Nations unies pour la prévention de la délinquance juvénile, adoptés et proclamés par l'Assemblée générale dans sa résolution 45/112 du 14 décembre 1990.

<sup>5</sup> Ainsi, la prestigieuse Déclaration universelle des droits de l'homme, du 10 décembre 1948, malgré les efforts de René Cassin, son principal rédacteur (voy. R. CASSIN, «La Déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme», *R.C.A.D.I.*, 1951, II, pp. 241 et s.), n'a-t-elle pas plus d'effets proprement juridiques qu'une autre résolution de l'Assemblée générale des Nations unies.

aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, dite Convention de New York (ci-après CIDE), qui commence seulement à être mieux connue et qui devrait davantage être valorisée<sup>6</sup>. Elle a été proposée par l'Assemblée générale des Nations unies. Tous les États membres de l'ONU l'ont ratifiée, à l'exception des États-Unis, ce qui en fait le traité relatif aux droits fondamentaux le plus important.

De nombreuses autres conventions ratifiées par la Belgique pourraient être étudiées sous l'angle des protections qu'elles aménagent en faveur des jeunes, des enfants, de la famille, non seulement par la consécration de droits civils et politiques, mais aussi de droits économiques, sociaux et culturels, dont on oublie souvent l'importance pour l'accès à une vie conforme à la dignité humaine. C'est qu'on ne découpe pas la personne humaine en tranches, comme le fait la doctrine à propos des droits de l'homme. On peut à cet égard citer le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, spécialement en ses articles 17 et 23, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 également, spécialement en ses articles 7, *littera* a, ii, 10 et 11, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979, ou la Charte sociale révisée du Conseil de l'Europe, du 3 mai 1996, spécialement en ses articles 4, 7, 16 et 17.

La référence aux droits de l'enfant existe aussi, explicitement ou implicitement, dans le droit de l'Union européenne, primaire ou dérivé<sup>7</sup>. Une étape importante a bien sûr été l'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en 2000. Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, le 1<sup>er</sup> décembre 2009, elle a la même valeur juridique que les traités de l'Union<sup>8</sup>. Elle oblige l'Union européenne et ses États membres à protéger les droits qui y sont consacrés lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est le premier texte de niveau constitutionnel à l'échelle de l'Union européenne contenant des dispositions précises relatives aux droits de l'enfant, notamment la reconnaissance du droit des enfants de suivre gratuitement l'enseignement obligatoire<sup>9</sup>, l'interdiction de la discrimination en raison notamment de l'âge<sup>10</sup> et une interdiction de l'exploitation des enfants par le travail<sup>11</sup>. La Charte contient une disposition

<sup>6</sup> Voy. aussi ses trois protocoles additionnels, également moins connus que ceux de la Convention européenne, tous ratifiés par la Belgique: Le Protocole facultatif concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, le Protocole facultatif concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, adoptés le 25 mai 2000, et le Protocole facultatif établissant une procédure de présentation des communications, adopté le 19 décembre 2011.

<sup>7</sup> Voy. *Manuel de droit européen en matière de droits de l'enfant*, Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe, 2015, disponible en ligne.

<sup>8</sup> Art. 6 du Traité sur l'Union européenne.

<sup>9</sup> Art. 14, 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

<sup>10</sup> Art. 21 de la Charte.

<sup>11</sup> Art. 32 de la Charte.

spécifique sur les droits de l'enfant<sup>12</sup>. Celle-ci énonce trois principes fondamentaux des droits de l'enfant : le droit d'exprimer leur opinion librement, en fonction de leur âge et de leur maturité<sup>13</sup>, le droit de voir leur intérêt supérieur constituer une considération primordiale dans tous les actes qui les concernent<sup>14</sup> et le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec leurs deux parents<sup>15</sup>. En droit dérivé, on peut mentionner la directive relative à la protection des jeunes au travail, la directive relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie<sup>16</sup>, la directive concernant la prévention de la traite des êtres humains<sup>17</sup>, la directive établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité<sup>18</sup> ou le règlement « Bruxelles IIbis », bien connu des praticiens, sur les conflits de lois dans le droit de la famille entre États membres, en particulier en matière de divorce, de garde d'enfants et d'enlèvement international d'enfants.

### Sous-section 3

#### Les effets juridiques dans l'ordre international : respecter, protéger, réaliser

Pour mesurer les effets juridiques de ces conventions internationales, il faut distinguer – la dichotomie s'effrite mais existe encore – ceux qui se déploient dans l'ordre international et dans l'ordre interne. L'ordre international régit les relations des États avec les autres États et avec les organismes internationaux concernés. Un traité au sens de la Convention de Vienne du 23 mai 1969, à condition bien sûr qu'il soit en vigueur, lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi<sup>19</sup>. Plus précisément, en ce qui concerne les droits fondamentaux sanctionnés par les conventions, les États parties se voient imposer une triple obligation : celle de les *respecter*, celle de les *protéger* et celle de les mettre en œuvre ou de les *réaliser*<sup>20</sup>. Cette obligation vaut quels que soient les effets du traité en droit interne, quelle que soit la réponse à la fameuse question des éventuels effets directs, dont il sera question plus loin.

Appliquée à notre sujet, l'obligation de *respecter* requiert des États parties qu'ils s'abstiennent d'entraver directement ou indirectement par exemple l'exercice des droits de l'enfant ou du droit au respect de la vie familiale, qu'ils s'abs-

<sup>12</sup> Art. 24 de la Charte.

<sup>13</sup> Art. 24, 1., de la Charte.

<sup>14</sup> Art. 24, 2., de la Charte.

<sup>15</sup> Art. 24, 3., de la Charte.

<sup>16</sup> Directive 2011/93/UE du 13 décembre 2011.

<sup>17</sup> Directive 2011/36/UE du 5 avril 2011.

<sup>18</sup> Directive 2012/29/UE du 25 octobre 2012.

<sup>19</sup> Art. 26 de la Convention de Vienne.

<sup>20</sup> Voy., pour la première énonciation de cette trilogie devenue classique, COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS, Observation générale n° 12, 20<sup>e</sup> session, 1999, E/C.12/1999/5, § 15, à propos du droit à une nourriture suffisante.

tiennent de se livrer à une quelconque pratique ou activité consistant à refuser ou restreindre l'accès sur un pied d'égalité à la vie familiale ou à la protection des droits de l'enfant, ou encore à s'immiscer arbitrairement ou déraisonnablement dans la vie de l'enfant, du jeune ou dans la vie privée et familiale. La même obligation d'abstention concerne n'importe quelle instance exerçant ne fût-ce qu'une parcelle de la puissance publique, qui constitue l'État ou lui est subordonnée : instances législatives, judiciaires, exécutives ou administratives, dont les forces de police.

L'obligation de *protéger* requiert des États parties qu'ils empêchent des tiers d'entraver de quelque manière que ce soit l'exercice des droits de l'enfant ou du droit au respect de la vie familiale. Il peut s'agir d'individus, de groupes, d'entreprises ou d'autres entités. Les États parties sont notamment tenus de prendre les mesures efficaces d'ordre législatif et autres qui s'imposent pour empêcher ces tiers, personnes privées, de poser de telles entraves.

L'obligation de mettre en œuvre les droits de l'enfant ou du jeune, ou le droit au respect de la vie familiale, en d'autres mots de *réaliser* ces droits, requiert des États parties qu'ils adoptent les mesures nécessaires à leur plein exercice, par exemple en prévoyant dans la législation les formes juridiques adéquates de la formation des familles ou de leur dissolution, ou encore en instituant des prestations positives en faveur des familles, par exemple les allocations familiales au sens technique du terme. L'obligation de mise en œuvre peut elle-même se diviser en obligations de « faciliter », de « promouvoir » et d'« assurer » les droits. L'obligation d'en faciliter l'exercice signifie que l'État doit prêter les devants de manière à renforcer l'accès des enfants, des jeunes et des familles aux droits qui les protègent ou leur permet de vivre dignement, ou de donner les moyens aux destinataires de la norme qui se trouveraient, pour des raisons indépendantes de leur volonté, dans l'impossibilité de les exercer, de les concrétiser. L'obligation de promotion consiste à renforcer constamment l'exercice des droits. L'obligation d'assurance est une obligation de résultat : les droits ne peuvent demeurer au stade de programmes ou de vœux pieux. Ils doivent accéder à une réelle validité.

### Sous-section 4

#### Les effets juridiques dans l'ordre interne

En droit interne, les conventions internationales peuvent se voir reconnaître des effets directs, des effets indirects, un « effet-cliquet » ou uniquement un effet interprétatif.

#### A. L'applicabilité directe

Les effets juridiques les plus complets d'une norme internationale s'attachent à la notion d'« applicabilité directe » qui, cependant, n'est pas claire. S'agit-il de permettre à un individu de faire déclarer une norme contraire à celle qui lui

est hiérarchiquement supérieure, ce qui n'implique pas nécessairement qu'il revendique un droit subjectif tiré de cette norme, mais seulement un intérêt? S'agit-il au contraire de savoir si la règle donne naissance à des droits subjectifs dans le chef des individus? S'agit-il de savoir si la norme exige des mesures internes d'exécution? La question reste d'autant plus confuse que les juridictions définissent rarement l'effet direct, prenant le cas échéant appui sur telle disposition sans prendre explicitement position quant à son applicabilité directe<sup>21</sup>.

Sans doute peut-on s'en tenir au plus simple et au plus général en considérant qu'une norme directement applicable est celle qu'un particulier peut invoquer devant les tribunaux internes. C'est la thèse dite de «l'invocabilité»<sup>22</sup>. Pour la Cour de justice, le propre de la disposition directement applicable est ainsi de «conférer aux particuliers des droits qu'ils peuvent faire valoir en justice et que les juridictions nationales doivent sauvegarder»<sup>23</sup>. Selon le Conseil d'État, une règle de droit international ou supranational possède un effet direct si elle peut être appliquée dans l'ordre juridique où elle est en vigueur, sans la moindre mesure interne substantielle d'exécution<sup>24</sup>.

L'enjeu de la discussion est de taille. Avant 1971, le droit belge considérait que le traité, parce qu'il était approuvé par le Parlement, était un acte équipollent à la loi, et donc situé au même niveau dans la hiérarchie des sources de droit. En cas de conflit entre un traité et une loi, on appliquait le critère chronologique: *lex posterior priori derogat*; la norme la plus récente prévalait sur la plus ancienne. Le célèbre arrêt de la Cour de cassation du 27 mai 1971<sup>25</sup>, qui a fasciné des générations d'étudiants, dit «arrêt Franco-suisse» ou «Le ski», adopte une solution différente. La Cour y considère qu'en raison de son caractère international, le traité directement applicable jouit d'une primauté par rapport à toute norme interne, cela en vertu de «la nature même du droit international conventionnel». La primauté de la règle de droit international est cependant conditionnelle:

- 1° elle doit être obligatoire;
- 2° elle doit être applicable dans l'ordre juridique interne, en conformité avec la Constitution;
- 3° elle doit être susceptible d'effets directs.

<sup>21</sup> Pour plus de détails sur la discussion du sens de l'expression «effets directs», voy. J. FIERENS, «L'efficacité juridique de la consécration des droits économiques, sociaux et culturels», in *Le point sur les droits de l'homme*, vol. 39, mai 2000, Liège, Formation permanente C.U.P., pp. 165-213.

<sup>22</sup> Voy. C.J.C.E., 14 juillet 1994, *Faccini Dori*, C-91/92, *Rec.*, p. I-3325.

<sup>23</sup> C.J.C.E., 4 décembre 1974, *Van Duyn*, *Rec.*, 1974, p. 1337, spécialement pp. 1348-1349; *J.T.*, 975, p. 152, note R. GOFFIN.

<sup>24</sup> C.E., 16 octobre 1997, n° 68.914, *T.B.P.*, 1998, p. 417; *R.W.*, 1998-1999, p. 331, note W. RAUWS; C.E., 10 décembre 1996, n° 63.473, *T.B.P.*, 1997, p. 580. Dans le même sens, à propos de certaines dispositions de la Convention de New York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant, voy. C.E., 11 juin 1996, n° 60.097, *J.D.J.*, 1997, p. 519. C.E., 30 décembre 1993, n° 45.552, *Chron. D.S.*, 1994, p. 244, note J. JACQMAIN; *T.B.P.*, 1994, p. 436.

<sup>25</sup> *J.T.*, 1971, p. 471.

La conséquence de cette primauté n'est donc évidemment pas l'abrogation ou l'annulation de la règle de droit interne, pouvoir que ne saurait s'attribuer la Cour de cassation, mais une inopposabilité ou une inapplicabilité de la loi, des décrets ou de l'ordonnance bruxelloise<sup>26</sup>.

La Cour de cassation énonce les conditions de l'effet direct sans en donner de définition, en visant des actes internationaux contenant des dispositions «dont il est permis aux nationaux de se prévaloir lorsqu'aucune autre loi ne s'y oppose»<sup>27</sup>. Selon elle, la notion d'effet direct d'un traité implique que les obligations d'un État contractant ont été exprimées complètement et de manière précise (c'est le critère dit objectif) et que les parties à la convention aient eu l'intention d'accorder des droits subjectifs ou d'imposer des obligations aux individus au moyen du traité (c'est le critère dit subjectif)<sup>28</sup>.

Chacun de ces deux critères est contestable. Il est d'abord permis de se demander si ce n'est pas quand elle entend donner des effets directs à la norme que la Cour de cassation y trouve la précision suffisante. L'interprétation judiciaire permet justement de rendre claires les normes les plus confuses. Ce n'est pas la précision qui permet le contrôle, mais le contrôle qui donne la précision. De plus, le degré nécessaire de précision des termes s'amointrit en proportion inverse de l'incompatibilité d'une situation ou de la règle nationale avec la norme internationale. En d'autres mots, les notions très englobantes qui sont familières en matière de droits de l'homme devraient être considérées comme suffisamment précises et contraignantes si la situation particulière ou la législation de droit interne va manifestement dans un sens contraire. Par ailleurs, des notions aussi indéfinies qu'«ordre public», «bonnes mœurs», «société démocratique», «raisonnable» n'empêchent pas la Cour de cassation de reconnaître des effets directs aux dispositions qui les contiennent.

Le critère de l'intention, quant à lui, remonte à l'apparition même de la notion d'applicabilité directe en droit international<sup>29</sup>. Il est également critiqué: dans la jurisprudence comparative, il ne s'impose nullement. La Cour de justice ne l'a jamais pris en compte<sup>30</sup>. La volonté du législateur n'est qu'une méthode d'in-

<sup>26</sup> En cas de contrariété avec un traité, les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux seront éventuellement non appliqués par les cours et tribunaux, comme l'impose l'article 159 de la Constitution.

<sup>27</sup> Cass., 21 avril 1983, *J.T.*, 1984, p. 212; *R.C.J.B.*, 1985, p. 22 et note M. WAELBROECK: «Portée et critères de l'applicabilité directe des traités internationaux». La finale de la formule («lorsqu'aucune autre loi ne s'y oppose») est évidemment surprenante: la loi, même postérieure, ne peut prévaloir sur un traité directement applicable. Monsieur Waelbroeck a mis cette erreur de la Cour de cassation sur le compte d'une «rédaction malheureuse» (*ibidem*, p. 41).

<sup>28</sup> Cass., 21 avril 1983, *J.T.*, 1984, p. 212, déjà cité (jurisprudence constante).

<sup>29</sup> Il est exprimé pour la première fois en droit international dans l'avis consultatif de la Cour de justice internationale du 3 mars 1928 (affaire de la compétence des tribunaux de Dantzig, *Publications*, série B, n° 15, pp. 17-18). La notion même de norme *self executing* apparaît dans l'affaire *Foster and Elam v. Neilson*, 27 U.S. (Pet.) 253, 314 (1829).

<sup>30</sup> M. WAELBROECK, «Portée et critères de l'applicabilité directe des traités internationaux», *op. cit.*, p. 35, n° 8 et les réf.

interprétation subsidiaire de la norme (*interpretatio cessat in claris*)<sup>31</sup> et l'absence de prise en compte de l'intention de l'exécutif ou du législateur interne est un trait de la séparation des pouvoirs.

Il faut cependant distinguer le critère de l'intention des États parties, qui peuvent se méprendre sur la portée des engagements qu'impliquent la signature et la ratification du traité, et l'interprétation de ces engagements eu égard à la lettre du texte. Si un instrument implique qu'une partie contractante « s'engage à agir [...] au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus », comme le dit le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels<sup>32</sup>, on ne peut soutenir l'existence d'une garantie immédiate puisqu'elle est incompatible avec les termes utilisés.

La question de l'éventuelle applicabilité directe d'une norme internationale ne se pose pas pour l'ensemble de l'instrument, mais pour chacune de ses dispositions. En ce qui concerne la CEDH, plusieurs d'entre elles se sont vu reconnaître un effet direct par la Cour de cassation et de nombreuses juridictions de fond. Toutefois, la position de la Cour de cassation au sujet de l'article 8 est ambiguë. « La disposition de l'article 8, alinéa 1<sup>er</sup>, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, aux termes de laquelle toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, en tant qu'elle interdit en principe à l'État de s'immiscer dans la vie privée et familiale des individus, énonce une norme qui, en règle, est suffisamment précise et complète pour produire des effets directs; toutefois, en tant que cette disposition comporte des obligations en ce sens qu'en fixant le régime de certains biens de famille, tels ceux de la mère célibataire avec son enfant, l'État doit agir de manière à permettre à ces personnes de mener une vie de famille normale, elle n'est pas suffisamment précise et complète pour avoir des effets directs et, dans cette mesure, elle n'impose à l'État qu'une obligation de faire que le législateur doit observer, mais qui ne saurait être invoquée comme source de droits subjectifs et d'obligations pour des particuliers. »<sup>33</sup> La Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt *Vermeire c. Belgique* du 29 novembre 1991 rendu dans la même affaire, a toutefois condamné la position de la Cour de cassation<sup>34</sup>. Cette contradiction entre la jurisprudence nationale et internationale n'a pas été formellement résolue à ce jour en droit belge.

<sup>31</sup> Voy. X. DION, *Méthodologie juridique. L'application de la norme*, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, p. 45.

<sup>32</sup> Art. 2, § 1<sup>er</sup>, et Observation générale n° 3 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *La nature des obligations des États parties* (art. 2, par. 1, du Pacte), 2 février 1990, E/1991/23.

<sup>33</sup> Cass., 10 mai 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1122; Cass., 6 mars 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 852.

<sup>34</sup> « On ne discerne pas ce qui pouvait empêcher la Cour d'appel de Bruxelles, puis la Cour de cassation de se conformer aux conclusions de l'arrêt *Marckx* à l'instar du tribunal de première instance: n'était ni imprécise ni incomplète la règle qui interdisait d'opérer au détriment d'Astrid Vermeire, par rapport à ses cousins Francine et Michel, une discrimination fondée sur le caractère "naturel" du lien de parenté l'unissant au *de cuius*. Un remaniement global, destiné à modifier en profondeur et de manière cohérente l'ensemble du droit de la filiation et des successions, ne s'imposait nullement comme préalable indispen-

La Cour de cassation, par arrêt du 4 novembre 1993, a semblé reconnaître des effets directs à l'article 21 de la CIDE, relatif aux conditions de l'adoption, puis, par arrêt du 1<sup>er</sup> octobre 1997, à l'article 16 qui protège la vie privée et familiale de l'enfant et de sa famille, mais a ensuite décidé que « ne peuvent être directement invoqués devant les juridictions nationales, les articles de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant qui ne créent des obligations qu'à la charge des États parties »<sup>35</sup> et que les dispositions de l'article 3, § 1<sup>er</sup> et § 2, de la Convention, qui consacrent le principe du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant « ne sont pas, en soi, suffisamment précises et complètes que pour avoir un effet direct, dès lors qu'elles laissent à l'État plusieurs possibilités de satisfaire aux exigences de l'intérêt de l'enfant; qu'elles ne peuvent servir de source de droits subjectifs et d'obligations dans le chef des particuliers »<sup>36</sup>. La Cour de cassation a aussi refusé de reconnaître des effets directs à l'article 7, § 1<sup>er</sup>, de la CIDE (droit de l'enfant à être enregistré dès sa naissance et droit à un nom)<sup>37</sup>. Une évolution de la jurisprudence peut être espérée. De nombreuses juridictions de fond ont reconnu implicitement des effets directs à diverses dispositions de la Convention, spécialement à son article 3, § 1<sup>er</sup><sup>38</sup>. Par ailleurs, la Cour de cassation française, qui fonde ses raisonnements sur les mêmes principes que son homologue belge en matière d'applicabilité directe, a reconnu des effets directs à cette disposition<sup>39</sup>.

Le Conseil d'État n'a pas actuellement de jurisprudence uniforme sur la question des effets juridiques internes de la CIDE. Il considère en général

sable au respect de la Convention, telle que la Cour venait de l'interpréter dans l'affaire *Marckx*. » (Cour eur. D.H., 29 novembre 1991, *Vermeire c. Belgique*, §§ 25 et 26).

<sup>35</sup> Cass., 4 novembre 1999.

<sup>36</sup> Cass., 31 mars 1999.

<sup>37</sup> Cass., 11 juin 2010.

<sup>38</sup> La Cour d'appel de Bruxelles fait droit à une demande de rectification d'un acte de l'État civil en se fondant sur les dispositions directement applicables de la Convention internationale sur les droits de l'enfant qui imposent de reconnaître à ce dernier le droit de voir son identité complète établie dès sa naissance ou dès que possible après sa naissance (Bruxelles (3<sup>e</sup> ch.), 28 mars 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007/13, p. 513, obs. J.-P. MASSON): « La Convention de New York relative aux droits de l'enfant a été adoptée le 20 novembre 1989 et approuvée par la loi belge du 15 novembre 1991. L'article 3 de cette Convention dispose que dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. »

« L'article 28.5 de la même Convention dispose que les États prennent des mesures pour encourager la régularité de la fréquentation scolaire ainsi que la réduction des taux d'abandon scolaire. Dans son arrêt du 31 mars 1999, la Cour de cassation a estimé que l'article 3 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant avait une portée trop générale pour avoir un effet direct. Par contre, il en est autrement lorsque ce même article 3 est combiné avec un autre article de la même Convention, qui vise un droit spécifique. » (Civ. Bruxelles (réf.), 7 décembre 2004) « Les conditions d'hébergement et de vie au centre fermé de Vottem sont totalement inadaptées au bien-être et au développement d'enfants en bas âge et violent les dispositions de la Convention internationale des droits de l'enfant, notamment en ses articles 3 et 37. » (Liège (ch. cons.), 21 septembre 2007). Ces décisions sont disponibles sur le site des *Services droit des jeunes*, ainsi que plusieurs autres reconnaissant des effets directs à certaines dispositions de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.

<sup>39</sup> Cass. fr., 8 novembre 2005 et Cass. fr., 23 novembre 2005.



qu'aucune de ses dispositions n'est directement applicable, mais il existe des exceptions<sup>40</sup>.

## B. Les effets indirects des traités

La Cour constitutionnelle exerce également son contrôle sur le respect des traités, mais indirectement à travers les articles 10, 11 et éventuellement 191 de la Constitution. En effet, la jouissance des droits et libertés reconnus aux Belges et éventuellement aux étrangers, qui ne peut être inégalitaire ou discriminatoire, comprend la jouissance des droits consacrés par les traités.

Dans un premier temps, pour la « lire à travers les articles 10 et 11 de la Constitution », la Cour d'arbitrage exigeait que la norme internationale ait des effets directs<sup>41</sup>. Toutefois, depuis l'arrêt n° 106/2003 du 22 juillet 2003, dans le cadre d'une affaire où les requérants invoquaient notamment la CIDE, la Cour affirme que « [c]ompétente pour apprécier si une norme législative viole les articles 10 et 11 de la Constitution, la Cour doit, lorsqu'elle est interrogée sur une violation de ces dispositions combinées avec une convention internationale, non pas examiner si celle-ci a effet direct dans l'ordre interne, mais apprécier si le législateur n'a pas méconnu de manière discriminatoire les engagements internationaux de la Belgique »<sup>42</sup>. Cela signifie que le plaideur peut invoquer un moyen d'inconstitutionnalité fondé sur une disposition de la CIDE, et contourner devant la Cour constitutionnelle le débat sur l'applicabilité directe, pourvu qu'il l'invoque à travers les articles 10 et 11 de la Constitution.

## C. L'« effet-cliquet »

Un effet dit de *standstill* ou « effet-cliquet »<sup>43</sup> peut s'attacher aux droits imposant à l'État une obligation de faire. Celui-ci vise l'interdiction pour l'État partie de

<sup>40</sup> C.E., 14 mars 2011, six arrêts, n°s 211.997 à 212.002, qui prennent en compte les articles 2, 3, 24.1, 26 et 27 de la Convention, tels qu'interprétés par la Cour constitutionnelle.

<sup>41</sup> « Il y a lieu d'examiner les griefs en tant seulement qu'ils s'appuient sur les art. 6 et 6bis [anciens] de la Constitution et, parce que celle-ci et la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage ne lui ont pas conféré le pouvoir d'annuler des règles législatives pour violation directe de règles d'un traité international, même si, parmi les droits et libertés garantis aux Belges par l'article 6bis de la Constitution figurent les droits et libertés résultant des dispositions des conventions internationales liant la Belgique, rendues applicables dans l'ordre juridique interne par un acte d'assentiment et ayant effet direct. » (C.A., n° 26/90, 14 juillet 1990). « Les articles 10 et 11 de la Constitution ont une portée générale. Ils interdisent toute discrimination, quelle qu'en soit l'origine : les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination sont applicables à l'égard de tous les droits et de toutes les libertés, en ce compris ceux résultant des conventions internationales liant la Belgique, rendues applicables dans l'ordre juridique interne par un acte d'assentiment et ayant effet direct. » (C.A., n° 91/98, 15 juillet 1998). Voy. aussi C.A., n° 39/91, 19 décembre 1991 ; C.A., n° 14/93, 18 février 1993 ; C.A., n° 62/93, 15 juillet 1993 ; C.A., n° 51/94, 29 juin 1994 ; C.A., n° 51/95, 22 juin 1995 ; C.A., n° 66/95, 28 septembre 1995 ; C.A., n° 4/96, 9 janvier 1996.

<sup>42</sup> B.4.2.

<sup>43</sup> La spécialiste de la question est Madame Isabelle Hachez. Voy. spécialement, I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Bruxelles-Athènes-Baden-Baden, Bruylant-Sakkoulas-Nomos Verlagsgesellschaft, 2008. M. Lambert qualifie le terme « standstill » de

régresser dans la mise en œuvre du traité ou de réduire les droits accordés pour réaliser son objectif. On peut imaginer l'hypothèse d'une telle régression au plan objectif (une norme interne rétrograde dans la réalisation progressive d'un droit), ou au plan subjectif (une situation particulière indique que le pouvoir ne satisfait pas à l'obligation de faire). Il y va d'une forme particulière d'effet juridique propre aux obligations positives de l'État. Telle est la déduction qui peut être faite de la conception du Conseil d'État qui a en effet vu une obligation « directement et immédiatement applicable » de ne pas déroger à l'article 13, § 2, *littera* a, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels imposée aux États qui ont déjà inscrit dans leur législation la gratuité de l'enseignement et son caractère obligatoire<sup>44</sup>. La Cour de cassation a décidé que l'article 13, § 1<sup>er</sup>, *littera* b, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels<sup>45</sup> « ne produit pas d'effets immédiats » et n'engendre pas dans le chef des justiciables des droits individuels que les juridictions nationales devraient sauvegarder. Elle examine toutefois, comme le juge du fond en l'espèce, la question de savoir si l'État belge pouvait « rétrograder » sans violer le Pacte<sup>46</sup>. La Cour de cassation avait déjà condamné une pratique individuelle au nom de la contrariété à un traité dont « l'applicabilité directe paraît extrêmement douteuse »<sup>47</sup>. L'effet de *standstill* a par ailleurs été reconnu à maintes reprises par la Cour d'arbitrage puis par la Cour constitutionnelle<sup>48</sup>.

Toutefois, en ce qui concerne ses compétences propres, la Cour constitutionnelle a limité les conséquences possibles de l'effet de *standstill* en décidant que seul un recul *significatif* y contrevient<sup>49</sup>, comme si une légère régression n'avait pas d'importance. De plus, la Cour constitutionnelle estime que l'effet-cliquet « s'oppose à ce que le législateur compétent réduise sensiblement le niveau de protection offert par la législation applicable *sans qu'existent pour ce faire des*

« barbare », ce qui n'est pas gentil pour les anglophones. Il propose « non-retour » (P. LAMBERT, « La mise en œuvre juridictionnelle des droits économiques, sociaux et culturels », in *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution, Actes du colloque tenu à l'Université libre de Bruxelles les 21 et 22 décembre 1994*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 116). MM. De Schutter et S. van Drooghenbroeck parlent de « non-régression » (*Droit international des droits de l'homme*, coll. Les grands arrêts de la jurisprudence belge, Bruxelles, Larcier, 1999, p. ex. p. 396, note 19). Moins barbare aurait peut-être été « non-régression » ou « non-rétrogradation ».

<sup>44</sup> C.E., 6 septembre 1989, *Rev. trim. dr. h.*, 1999, p. 184, obs. M. LEROY ; J.L.M.B., 1989, p. 1294, note P. HENRY ; A.P.T., 1989, p. 276 et l'avis de l'Auditeur général adjoint DUMONT. Voy. aussi, pour la reconnaissance de l'effet de *standstill*, C.E., 6 septembre 1989, n° 32.989, *Rev. trim. dr. h.*, 1990, p. 184.

<sup>45</sup> Cette disposition concerne la gratuité de l'enseignement, et était invoquée à propos du remboursement du « minerval » aux étudiants étrangers.

<sup>46</sup> Cass., 20 décembre 1990, J.L.M.B., 1991, pp. 1199 et note R. ERGEC, « Le minerval exigé des élèves étrangers et les effets directs des droits économiques et sociaux ».

<sup>47</sup> J. VERHOEVEN, « Jurisprudence belge relative au droit international – année 1970 », *Rev. b. dr. intern.*, 1972-2, p. 674, à propos de Cass., 16 février 1970, *Pas.*, 970, I, p. 533.

<sup>48</sup> C.A., n° 33/92, 7 mai 1992, M.B., 4 juin 1992 ; C.A., n° 81/95, 14 décembre 1995, M.B., 3 janvier 1996, Arr. C.A., 1995, p. 1133 ; C.A., n° 42/97, 14 juillet 1997, M.B., 3 septembre 1997, p. 22.598, Arr. C.A., 1997, p. 599, pp. 1206-1211 ; C.A., n° 169/2002, 27 novembre 2002, M.B., 12 décembre 2002.

<sup>49</sup> C.A., n° 169/2002, 27 novembre 2002, B.6.6.

motifs liés à l'intérêt général<sup>50</sup>, ce qui ouvre la porte à une stérilisation progressive de cet effet, surtout s'il on en vient à se demander si des restrictions budgétaires, par exemple, ou la régulation de l'immigration, ne pourraient pas être comprises comme des motifs liés à l'intérêt général. Toutes les lois, tous les décrets et toutes les ordonnances ne seraient-ils pas pris dans l'intérêt général?

#### D. L'effet interprétatif

Outre ses éventuels effets directs, indirects ou l'éventuel effet-cliquet, un traité revêt toujours une fonction interprétative, éventuellement à travers les décisions ou les observations de ses organes de surveillance. Ainsi, comme l'ont souligné à maintes reprises la Cour d'arbitrage ou la Cour constitutionnelle, il ressort des travaux préparatoires de l'article 22 de la Constitution que le constituant a cherché la plus grande concordance possible avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme afin d'éviter toute contestation sur le contenu respectif de l'article 22 de la Constitution et de l'article 8 de la Convention<sup>51</sup>. C'est la raison pour laquelle la Cour constitutionnelle invoque souvent la jurisprudence strasbourgeoise pour interpréter entre autres les articles 22 et 22bis de la Constitution. Il convient de même de prêter la plus grande attention aux observations du Comité des droits de l'enfant chargé, selon l'article 44, § 1<sup>er</sup>, de la CIDE, de surveiller les mesures que les États parties auront adoptées pour donner effet aux droits reconnus dans la Convention et sur les progrès réalisés dans la jouissance de ces droits.

### Section 2

## Exemples de l'impact du droit international sur le droit interne

#### Sous-section 1

### Le droit de l'enfant d'être élevé par ses parents

Pour illustrer l'influence du droit international sur le droit des jeunes et des enfants, nous proposons de donner un premier exemple dans le domaine de l'autorité parentale, plus spécifiquement à propos du droit de l'enfant d'être élevé par ses parents.

L'autorité parentale sur la personne et les biens d'un enfant mineur appartient aux parents de celui-ci, c'est-à-dire aux personnes à l'égard desquelles un lien de filiation est établi, par la loi, par reconnaissance, à la suite d'une décision judiciaire ou par adoption. L'autorité parentale était considérée jusqu'à présent comme étant nécessairement un effet de la filiation.

Toutefois, la loi du 19 mars 2017 modifiant le Code civil en vue de l'instauration d'un statut pour les accueillants familiaux<sup>52</sup>, qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> sep-

<sup>50</sup> C.A., n° 137/2006, 14 septembre 2006, B.7.1.

<sup>51</sup> Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 1993-1994, n° 997/5, p. 2.

<sup>52</sup> M.B., 5 avril 2017.

tembre 2017, constitue une innovation majeure en instituant, en faveur des «accueillants familiaux», la délégation contractuelle ou judiciaire des attributs de l'autorité parentale, éventuellement de tous, sauf ceux qui concernent le consentement à l'adoption et au mariage d'un enfant mineur. Cette loi est d'ores et déjà critiquée en ce qu'elle entraîne un risque accru d'accaparement de l'enfant accueilli sans que soient prévues explicitement les exigences du maintien du lien avec les parents d'origine. L'article 387octies nouveau du Code civil<sup>53</sup> est spécialement visé par ces critiques, qui prévoit la possibilité d'une délégation quasi complète de l'autorité parentale, éventuellement contre le gré des parents, après seulement un an d'accueil familial continu<sup>54</sup>. Cette disposition pose des questions au sujet de la proportionnalité des ingérences dans la vie privée et familiale sous l'angle de l'article 8 de la CEDH et sous l'angle de l'article 7, § 1<sup>er</sup>, de la CIDE qui porte qu'un enfant a le droit d'être élevé par ses parents<sup>55</sup>.

#### A. La question des placements forcés des enfants «en danger»

La CIDE et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme influencent ou devraient influencer les placements forcés d'enfants ou de jeunes «en danger» comme le permettent les décrets et ordonnance<sup>56</sup>, de même que l'application de la déchéance de l'autorité parentale<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> «§ 1<sup>er</sup>. À défaut de convention telle que visée à l'article 387septies et à condition que pendant au moins un an avant la demande, l'enfant ait été placé de manière permanente dans la famille des accueillants familiaux, les accueillants familiaux peuvent demander au tribunal de la famille de leur déléguer, également hors le cas d'urgence, en tout ou en partie, la compétence de prendre des décisions importantes concernant la santé, l'éducation, la formation, les loisirs et l'orientation religieuse ou philosophique de l'enfant, à l'exception des droits et devoirs relatifs à l'état de la personne de l'enfant. Les droits et devoirs relatifs à la gestion des biens de l'enfant peuvent également être délégués aux accueillants familiaux. La demande est introduite conformément aux articles 1253ter/4 à 1253ter/6 du Code judiciaire. Le jugement ne peut pas porter atteinte à la durée de l'accueil familial fixée par les organes compétents pour l'accueil familial.

Ils intentent leur action contre, selon le cas, les deux parents, le parent unique ou le tuteur de l'enfant.

§ 2. Le jugement ou l'arrêt mentionne explicitement les droits et devoirs qui sont délégués aux accueillants familiaux en vue de l'exercice de l'autorité parentale.»

<sup>54</sup> Le texte parle maladroitement d'un enfant placé «de manière permanente» pendant au moins un an. Précisément, un placement, en principe provisoire, ne peut être permanent. Le texte néerlandais dit «op voorwaarde dat het kind gedurende ten minste één jaar voorafgaand aan het verzoek voortdurend was geplaatst».

<sup>55</sup> Voy. également G. MATHIEU, «De la proposition de loi instaurant un statut pour les accueillants familiaux. Une analyse sous l'angle des droits de l'enfant», J.D.J., 2017, n° 359.

<sup>56</sup> Décret du Conseil de la Communauté française du 4 mars 1991 relatif à l'aide à la jeunesse, décret flamand du 12 juillet 2013 relatif à l'aide intégrale à la jeunesse, décret du Conseil de la Communauté germanophone du 20 mars 1995 concernant l'aide à la jeunesse remplacé par le décret du 19 mai 2008 relatif à l'aide à la jeunesse et visant la mise en œuvre de mesures de protection de la jeunesse, ordonnance du 29 avril 2004 de l'Assemblée réunie de la Commission communautaire commune relative à l'aide à la jeunesse.

<sup>57</sup> Art. 32 à 34 de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait.



Dans la continuité de l'article 7, l'article 9, § 1<sup>er</sup>, de la CIDE dispose que les États parties doivent veiller à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant, comme par exemple lorsque les parents maltraitent ou négligent l'enfant ou lorsqu'ils vivent séparément. En cas de séparation, toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de participer aux délibérations et de faire connaître leurs vues (art. 9, § 2, de la CIDE). Surtout, l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux se voit reconnaître le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt supérieur (art. 9, § 3, de la CIDE).

Le droit de l'enfant de vivre avec ses parents et de ne pas être séparé de ceux-ci s'accompagne également de la reconnaissance du principe fondamental selon lequel la responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux (art. 18, § 1<sup>er</sup>, et 27, § 2, de la CIDE). Ceux-ci doivent évidemment être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant. Pour leur permettre d'assurer adéquatement cette responsabilité, les parents de l'enfant doivent recevoir de la part de l'État une aide appropriée (art. 18, § 2, et 27, § 3, de la CIDE).

Enfin, lorsqu'un enfant est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial ou qu'il ne peut, dans son propre intérêt, être laissé dans ce milieu, il a droit à une protection de remplacement et une aide spéciale de l'État (art. 20 de la CIDE). Cette protection de remplacement peut notamment avoir la forme d'un placement dans une famille ou, en cas de nécessité uniquement, d'un placement dans un établissement pour enfants approprié.

Dans son observation générale n° 7 sur la mise en œuvre des droits de l'enfant dans la petite enfance (2005), le Comité des droits de l'enfant demandait à cet égard aux États parties « de prendre toutes les mesures nécessaires afin d'assurer que les parents soient à même de s'acquitter au premier chef de leur devoir vis-à-vis de leurs enfants; d'aider les parents à accomplir leur devoir, notamment en atténuant les manques, perturbations et déséquilibres susceptibles d'affecter l'enfant et d'intervenir lorsque le bien-être de l'enfant pourrait être menacé. Les États parties devraient viser en général à faire diminuer le nombre des enfants abandonnés ou orphelins et celui des enfants nécessitant un placement en institution ou d'autres formes de prise en charge à long terme, sauf dans les cas où il en va de l'intérêt supérieur de l'enfant. »<sup>58</sup>

De manière constante, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamen-

<sup>58</sup> Observation générale n° 7 sur la mise en œuvre des droits de l'enfant dans la petite enfance (2005), CRC/C/GC/7, p. 10.

tal de la vie familiale<sup>59</sup>. À de nombreuses reprises, elle a estimé que les autorités nationales recouraient au placement des enfants de manière inadéquate, que celui-ci ne visait pas suffisamment le maintien du lien familial, que le fait qu'un enfant puisse être accueilli dans un cadre plus propice à son éducation ne saurait en soi justifier qu'on le soustraie de force aux soins de ses parents et que les obligations positives contenues dans l'article 8 de la Convention comprenaient l'obligation, pour les États parties, d'aider de façon très concrète les familles précarisées ou vulnérables. La Cour a par ailleurs souligné, à de multiples reprises, que lorsqu'il s'agit de placer un enfant hors de son milieu familial, son intérêt doit passer avant toute autre considération. La Cour prône une appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant et insiste sur la prise en considération de la spécificité de chaque cas au terme d'un examen minutieux des circonstances de la cause<sup>60</sup>.

Dans le contexte du lien avec la famille d'origine, la difficulté réside dans le fait que l'intérêt de l'enfant revêt un double aspect: d'un côté, il commande que les liens entre lui et sa famille soient maintenus, briser ce lien reviendrait à couper l'enfant de ses racines; de l'autre, il est tout aussi certain pour la Cour que garantir à l'enfant une évolution dans un environnement sain relève également de son intérêt et que l'article 8 de la Convention ne saurait en aucune manière autoriser un parent à prendre des mesures préjudiciables à la santé et au développement de son enfant<sup>61</sup>.

La mission de la Cour, pour juger de la nécessité de la mesure litigieuse dans une société démocratique, est de déterminer si, à la lumière de l'ensemble de l'affaire, les motifs invoqués à l'appui de celle-ci étaient pertinents et suffisants aux fins du paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention. À cet égard, elle tient compte du fait que l'éclatement d'une famille constitue une ingérence très grave et qu'une telle mesure doit donc reposer sur des considérations inspirées par l'intérêt de l'enfant et ayant assez de poids et de solidité<sup>62</sup>.

Voici quelques exemples de décisions significatives.

<sup>59</sup> Cour eur. D.H., arrêt *W. B. et R. c. Royaume-Uni* du 8 juillet 1987, §§ 59, 60, et 64; Cour eur. D.H., arrêt *Olsson c. Suède* (n° 1) du 24 mars 1988, § 59; Cour eur. D.H., arrêt *Eriksson c. Suède* du 22 juin 1989, § 58; Cour eur. D.H., arrêt *Margarita et Roger Andersson c. Suède* du 25 février 1992, § 72; Cour eur. D.H., arrêt *McMichael c. Royaume-Uni* du 24 février 1995, § 86; Cour eur. D.H., arrêt *Johansen c. Norvège* du 7 août 1996, § 52; Cour eur. D.H., arrêt *Bronda c. Italie* du 9 juin 1998, § 51; Cour eur. D.H., arrêt *Buscemi c. Italie*, § 53; Cour eur. D.H., arrêt *Gnahoré c. France*, § 50; Cour eur. D.H., arrêt *Couillard Maugery c. France*, 1<sup>er</sup> juillet 2004, § 237.

<sup>60</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Y.C. c. Royaume-Uni*, 13 mars 2012, req. n° 4547/10, §§ 135, 137 et 138.

<sup>61</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Gnahoré c. France*, 19 décembre 2000, req. n° 40031/98, § 59; Cour eur. D.H., arrêt *Schmidt c. France*, 26 juillet 2007, req. n° 35109/02, §§ 82 à 84; Cour eur. D.H., arrêt *Maumousseau et Washington c. France*, 6 décembre 2007, req. n° 39388/05; Cour eur. D.H., arrêt *Amanalachioai c. Roumanie*, 26 mai 2009, req. n° 4023/04, § 81; Cour eur. D.H., arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, 6 juillet 2010, req. n° 41615/07, § 136; Cour eur. D.H., arrêt *Pontes c. Portugal*, 10 avril 2012, req. n° 19554/09, § 79.

<sup>62</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Assunção Chaves c. Portugal*, 31 janvier 2012, req. n° 61226/08, § 99; Cour eur. D.H., arrêt *Pontes c. Portugal*, 10 avril 2012, req. n° 19554/09, § 77.



Dans l'arrêt *Olsson c. Suède* du 24 mars 1988, la Cour juge contraire à l'article 8 les modalités du placement d'enfants loin du domicile des parents, qui ont empêché les rencontres faciles et régulières: «[...] Il fallait considérer ladite décision comme une mesure temporaire, à suspendre dès que les circonstances s'y prêteraient et tout acte d'exécution aurait dû concorder avec un but ultime: unir à nouveau la famille Olsson.»

Dans l'arrêt *Eriksson c. Suède* du 22 juin 1989, la Cour constate qu'une mère ne pouvait se prévaloir, d'après la législation suédoise, d'aucun droit de visite à l'égard de sa fille placée. En outre, on lui avait refusé en pratique de voir celle-ci à une fréquence et dans des conditions de nature à favoriser leur réunion, voire le développement positif de leurs relations. Les tensions qui en ont résulté entre la mère et la fille et l'incertitude quant à l'avenir de la fille «continuent déjà depuis plus de six ans et causent une profonde angoisse aux deux intéressées»<sup>63</sup>. La Cour conclut à l'unanimité que les graves et durables restrictions aux visites, combinées avec la longueur de l'interdiction de retrait, ne sont pas proportionnées aux buts légitimes poursuivis et qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention. La suppression des droits parentaux et des visites étant des restrictions supplémentaires comportant le risque d'amputer les relations familiales entre les parents et un jeune enfant, ces restrictions supplémentaires ne peuvent s'appliquer que dans des circonstances exceptionnelles. Dans la mesure où il n'est pas démontré que ces restrictions répondent à une exigence primordiale touchant l'intérêt supérieur de l'enfant, l'article 8, § 2, de la Convention a été violé sur ce point<sup>64</sup>.

Dans un arrêt du 12 juillet 2001, en cause *K. et T. c. Finlande*, la Grande chambre réaffirme que la prise en charge d'un nouveau-né par l'autorité publique dès sa naissance est une mesure extrêmement dure. Il faut des raisons «extraordinairement impérieuses» pour qu'un bébé puisse être soustrait aux soins de sa mère, contre le gré de celle-ci, immédiatement après la naissance à la suite d'une procédure à laquelle ni la mère ni son compagnon n'ont été mêlés.

Le fait qu'un enfant puisse être accueilli dans un cadre plus propice à son éducation ne saurait en soi justifier qu'on le soustraie de force aux soins de ses parents biologiques. L'obligation positive de prendre des mesures afin de faciliter la réunion de la famille dès que cela sera vraiment possible s'impose aux autorités compétentes dès le début de la période de prise en charge et avec de plus en plus de force, mais doit toujours être mise en balance avec le devoir de considérer l'intérêt supérieur de l'enfant. Les perspectives d'une réunion familiale s'amenuiseront peu à peu et finiront par être anéanties si les parents biologiques et les enfants ne sont jamais autorisés à se rencontrer, ou si rarement qu'aucun lien naturel n'a de chances de se nouer entre eux.

<sup>63</sup> § 71.

<sup>64</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Johansen*, 7 août 1996, req. n° 17383/90, J.D.J., 1997, pp. 44-45, note V. MACQ; Dr. Q.M., 1997, liv. 16, p. 3, note O. DE SCHUTTER.

Dans un arrêt *Haase c. Allemagne* du 8 avril 2004, la Cour estime que le placement d'un enfant à l'assistance publique au moment même de sa naissance est une mesure «extrêmement rigoureuse». Il doit donc y avoir des raisons extrêmement impérieuses pour qu'un nouveau-né puisse être physiquement arraché à sa mère, contre la volonté de celle-ci, immédiatement après l'accouchement, au terme d'une procédure à laquelle ni elle, ni son partenaire n'ont pu prendre part.

Dans un arrêt *Wallova et Walla c. République tchèque* du 26 octobre 2006, la Cour note que les capacités éducatives et affectives des requérants n'ont jamais été mises en cause et que les tribunaux ont reconnu leurs efforts déployés afin de surmonter leurs difficultés. Dès lors, la prise en charge des enfants des requérants a été ordonnée pour la seule raison que la famille occupait à l'époque un logement inadéquat. De l'avis de la Cour, il s'agissait donc d'une carence matérielle que les autorités nationales auraient pu compenser à l'aide de moyens autres que la séparation totale de la famille, laquelle semble être la mesure la plus radicale ne pouvant s'appliquer qu'aux cas les plus graves. La Cour estime que, pour respecter en l'espèce l'exigence de proportionnalité, les autorités tchèques auraient dû envisager d'autres mesures moins radicales que la prise en charge des enfants.

Dans un arrêt *Zhou c. Italie* du 21 janvier 2014, la Cour rappelle qu'au-delà de la protection contre les ingérences arbitraires, l'article 8 met à la charge de l'État des obligations positives inhérentes au respect effectif de la vie familiale. Ainsi, là où l'existence d'un lien familial se trouve établie, l'État doit en principe agir de manière à permettre à ce lien de se développer. En matière d'adoption, la Cour a déjà admis qu'il puisse être de l'intérêt du mineur de favoriser l'instauration de liens affectifs stables avec ses parents nourriciers, mais des mesures aboutissant à briser les liens entre un enfant et sa famille ne peuvent être appliquées que dans des circonstances exceptionnelles, c'est-à-dire uniquement dans les cas où les parents se sont montrés particulièrement indignes ou lorsqu'elles sont justifiées par une exigence primordiale touchant l'intérêt supérieur de l'enfant. La Cour considère que le point décisif en l'espèce consiste donc à savoir si, avant de supprimer le lien de filiation maternelle, les autorités nationales ont pris toutes les mesures nécessaires et adéquates que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elles pour que l'enfant puisse mener une vie familiale normale au sein de sa propre famille. La Cour observe que les autorités nationales n'ont pas suffisamment œuvré afin de faciliter les contacts entre l'enfant et la requérante. De plus, elle note que la requérante avait demandé, avec le curateur de l'enfant, de procéder à une adoption simple de manière à ce qu'elle puisse maintenir le lien avec son fils. Il incombe à l'État défendeur d'établir que les autorités ont évalué avec soin l'incidence qu'aurait sur les parents et l'enfant la mesure d'adoption, ainsi que d'autres solutions que la prise en charge de l'enfant avant de mettre une pareille mesure à exécution. À la différence d'autres affaires que la Cour a eu l'occasion d'examiner, l'enfant de la requé-



rante, en l'espèce, n'avait pas été exposé à une situation de violence ou de maltraitance physique ou psychique. La Cour est d'avis que les autorités auraient dû prendre des mesures concrètes pour permettre à l'enfant de vivre avec sa mère, avant de placer l'enfant et d'ouvrir une procédure d'adoptabilité. La Cour n'est pas convaincue que l'intérêt supérieur de l'enfant commandait de procéder à une adoption plénière. Par ailleurs, elle rappelle que le rôle des autorités de protection sociale est précisément celui d'aider les personnes en difficulté, de les guider dans leurs démarches et de les conseiller, entre autres, quant aux différents types d'allocations sociales disponibles, aux possibilités d'obtenir un logement social ou aux autres moyens de surmonter leurs difficultés.

Dans un arrêt *S.H. c. Italie* du 13 octobre 2015, la Cour est d'avis que la nécessité, qui était primordiale, de préserver, autant que possible, le lien entre la requérante – laquelle se trouvait par ailleurs en situation de vulnérabilité – et ses fils n'a pas été prise dûment en considération. Les autorités judiciaires se sont bornées à prendre en considération les difficultés de la famille, qui auraient pu être surmontées au moyen d'une assistance sociale ciblée, comme indiqué par ailleurs dans l'expertise. Nonobstant la marge d'appréciation de l'État en la matière, la Cour conclut que les autorités italiennes, en n'envisageant que la seule rupture définitive et irréversible du lien familial, alors que d'autres solutions visant à sauvegarder à la fois l'intérêt des enfants et le lien familial étaient praticables en l'espèce, n'ont pas déployé des efforts adéquats et suffisants pour faire respecter le droit de la requérante à vivre avec ses enfants, méconnaissant ainsi son droit au respect de la vie familiale, garanti par l'article 8 de la Convention. Il y a donc eu violation de cette disposition.

Dans un arrêt *Soares de Melo c. Portugal*, du 16 février 2016, la Cour redit que pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale. La requérante, mère de dix enfants, survivait avec 393 euros d'allocations familiales par mois et assurait les besoins alimentaires et vestimentaires de la famille en ayant recours à la banque alimentaire et à des dons provenant de particuliers ou d'associations. En dépit du dénuement matériel manifeste constaté au cours des différentes visites au domicile de la requérante, les autorités internes n'ont pas essayé de combler ces carences au moyen d'une aide financière supplémentaire afin de couvrir les besoins primaires de la famille (par exemple en matière d'alimentation, d'électricité et d'eau courante) et les frais d'accueil des enfants les plus jeunes dans des crèches familiales pour permettre à l'intéressée d'exercer une activité professionnelle rémunérée. La Cour est d'avis que les autorités auraient dû prendre des mesures concrètes pour permettre aux enfants de vivre avec leur mère, avant de les placer et d'ouvrir une procédure d'adoptabilité.

## B. La déchéance de l'autorité parentale

Dans un arrêt *M.D. et autres c. Malte* du 17 juillet 2011, la Cour européenne des droits de l'homme dit qu'il y a eu violation des droits de la mère et des enfants au titre de l'article 6, ceux-ci n'ayant pu contester la mesure de placement alors que la situation avait changé, et qu'il y a eu violation des droits de la mère au titre de l'article 8 du fait que celle-ci a été déchue de manière automatique et permanente de ses droits parentaux à la suite de sa condamnation. Sous l'angle de l'article 46 (force obligatoire et exécution des arrêts), et sans préjudice des mesures générales qui pourraient être nécessaires pour éviter de futures semblables violations, la Cour dit que les autorités maltaises doivent mettre en place une procédure offrant à la mère la possibilité de demander à un tribunal indépendant et impartial de vérifier si la déchéance de ses droits parentaux était justifiée. Elle recommande par ailleurs à Malte d'adopter des mesures générales destinées à garantir l'accès effectif à un tribunal aux personnes qui souhaitent contester une mesure de placement.

Dans un arrêt *N.P. c. Moldavie* du 6 octobre 2015, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que le retrait de l'autorité parentale et les restrictions au droit de visite violaient le droit au respect de la vie familiale. L'enfant avait été placée dans un foyer après avoir été trouvée «sale, affamée et en train de pleurer» alors que «la requérante et sa mère, ivres toutes les deux, étaient en train de se battre», selon le rapport de police. Le tribunal de première instance décida de déchoir la mère de ses droits parentaux, en se basant sur le rapport de police, sur une inspection du logement (considéré insalubre faute d'eau courante, d'électricité ou de gaz) et sur les rapports des services sociaux selon lesquels l'enfant était négligée par sa mère, devait souvent mendier sa nourriture chez les voisins et n'allait pas à l'école. Devant les tribunaux, la requérante alléguait que, comme parent isolé sans soutien financier, elle était dans une situation difficile mais que, pendant la procédure judiciaire, elle avait trouvé du travail, amélioré ses conditions de vie et cherché à inscrire sa fille à l'école maternelle. Les juridictions décidèrent toutefois de lui retirer l'autorité parentale. Les demandes répétées de la mère pour rendre visite à sa fille furent rejetées, d'abord parce que la procédure judiciaire était en cours, puis au motif qu'une tutrice, la tante de l'enfant, avait été nommée à la suite de la perte par la requérante de ses droits parentaux. Finalement, les services sociaux l'autorisèrent à voir sa fille tous les samedis en présence de la tutrice de l'enfant.

En ce qui concerne le retrait de l'autorité parentale, la Cour reproche aux juridictions de s'être basées uniquement sur les rapports des services sociaux et de la police et sur une inspection du logement, sans prendre en considération des visites antérieures ou les témoignages de voisins, et d'avoir choisi d'ignorer les preuves apportées par la requérante. Les juridictions ont retenu deux autres cas d'ivresse bien qu'ils aient été contestés et non prouvés. Elles n'ont pas cherché d'avis extérieurs, comme celui d'un psychologue, sur la mère, ni analysé ses

efforts pour améliorer sa situation après le placement de la fille, comme obtenir un travail, nettoyer la maison et faire les démarches pour inscrire l'enfant dans une institution préscolaire. Elles n'ont pas tenu compte de ses difficultés financières qui auraient pu être surmontées par une assistance sociale et financière et des conseils et elles n'ont pas cherché à savoir si on l'avait aidée ni exploré des alternatives moins dommageables.

Quant aux restrictions au droit de visite, la Cour constate que ce droit a été interrompu de manière abrupte pendant plus de deux ans et que la décision relève discrétionnairement des services sociaux. La Cour trouve que ces mesures ont été excessivement sévères (« *excessively harsh* ») sans justification.

### C. L'exercice de l'autorité parentale par les parents séparés

Le principe de l'autorité parentale conjointe, applicable selon le droit interne belge, est conforme à l'article 18, § 1<sup>er</sup>, de la CIDE, qui prévoit que « [l]es États parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant ». La loi du 18 juillet 2006 tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et réglementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant respecte l'esprit et la lettre de l'article 9, § 2, de la CIDE qui porte que « [l]es États parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant ».

De nombreux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, relatifs à l'article 8 de la Convention, combiné éventuellement avec l'article 14, concernent l'autorité parentale dans le contexte de conflits entre les parents.

Dans l'affaire *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie* du 25 janvier 2000, à propos de l'exécution forcée des décisions rendues en matière d'exercice de l'autorité parentale et de placement d'enfants, s'agissant de l'obligation pour l'État d'arrêter des mesures positives, la Cour n'a cessé de dire que l'article 8 implique le droit d'un parent à des mesures propres à le réunir avec son enfant et l'obligation pour les autorités nationales de les prendre. Elle a souligné que l'obligation pour les autorités nationales de prendre des mesures à cet effet n'est pas absolue, car il arrive que la réunion d'un parent avec ses enfants vivant depuis un certain temps avec l'autre parent ne puisse avoir lieu immédiatement et requière des préparatifs. La nature et l'étendue de ceux-ci dépendent des circonstances de chaque espèce, mais la compréhension et la coopération de l'ensemble des personnes concernées en constituent toujours un facteur important. Si les autorités nationales doivent s'évertuer à faciliter pareille collaboration, une

obligation pour elles de recourir à la coercition en la matière ne saurait être que limitée : il leur faut tenir compte des intérêts et des droits et libertés de ces mêmes personnes et notamment de l'intérêt supérieur de l'enfant et des droits que lui reconnaît l'article 8 de la Convention. Dans l'hypothèse où des contacts avec les parents risquent de menacer ces intérêts ou de porter atteinte à ces droits, il revient aux autorités nationales de veiller à un juste équilibre entre eux.

Dans l'arrêt *Elsholz c. Allemagne* du 13 juillet 2002, à propos du refus d'un droit de visite à un père à l'égard de son enfant né hors mariage, la Cour rappelle qu'un juste équilibre doit être ménagé entre les intérêts de l'enfant et ceux du parent. Elle attache une importance particulière à l'intérêt supérieur de l'enfant, qui, selon sa nature et sa gravité, peut l'emporter sur celui du parent. En particulier, l'article 8 de la Convention ne saurait autoriser le parent à faire prendre des mesures préjudiciables à la santé et au développement de l'enfant.

Dans l'arrêt *N. Ts. c. Géorgie* du 2 février 2016, à propos d'une procédure relative au retour de trois jeunes garçons – qui vivaient avec leur famille maternelle depuis le décès de leur mère – auprès de leur père, la Cour a estimé que les enfants n'avaient pas été suffisamment associés à la procédure en droit interne, car même s'ils avaient été entendus par le biais d'un représentant désigné par les services sociaux, ce dernier n'avait pas été associé dès le début de la procédure. De plus, la Cour précise qu'en exigeant une mesure aussi radicale que le retour des enfants chez leur père sans envisager de mesure de transition et sans prendre en considération les éléments selon lesquels les enfants étaient hostiles à ce retour, les juridictions nationales ont méconnu l'article 8 de la CEDH. Enfin, la Cour conclut en estimant qu'il y a eu un examen inadéquat et unilatéral de l'intérêt supérieur des enfants.

#### Sous-section 2

### Le droit de l'enfant à être entendu

Les modifications de l'article 22*bis* de la Constitution par la loi du 22 décembre 2008 et l'organisation de l'audition de l'enfant par le Code judiciaire sont un autre exemple frappant de l'influence de la CIDE en droit interne.

En vertu de l'article 12, § 1<sup>er</sup>, de la CIDE, les États parties doivent garantir à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité. L'article 12, § 2, prévoit que l'enfant doit pouvoir être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation appropriés, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale. L'article 22*bis*, alinéa 2, de la Constitution transpose l'article 12 de la CIDE en droit national



en prévoyant que «[c]haque enfant a le droit de s'exprimer sur toute question qui le concerne; son opinion est prise en considération, eu égard à son âge et à son discernement».

Le principe général selon lequel tout mineur a le droit d'être entendu par un juge dans les matières relatives à l'autorité parentale, au droit d'hébergement ainsi qu'au droit aux relations personnelles est consacré par l'article 1004/1, § 1<sup>er</sup>, du Code judiciaire. Il entend mettre en œuvre l'article 12 de la CIDE et l'article 22bis de la Constitution.

L'enfant est libre de ne pas exercer son droit: l'expression de son opinion est un choix laissé à l'enfant et non une obligation qui lui incombe.

La procédure applicable en Belgique diffère selon que l'enfant a ou non atteint l'âge de 12 ans. Le mineur de moins de 12 ans est entendu à sa demande, à la demande des parties, du ministère public ou d'office. Le juge peut, par décision motivée par les circonstances de la cause, refuser de l'entendre, sauf lorsque la demande émane du mineur lui-même ou du ministère public. La décision de refus n'est pas susceptible de recours. La justification de cette absence de recours serait l'incapacité du mineur d'ester en justice et le fait que les parties ne peuvent intervenir dans cette demande. On n'aperçoit pas le lien logique. Un refus injustifié pourrait léser les droits des parties qui sollicitent l'audition de l'enfant. L'ancien article 931 du Code judiciaire prévoyait que le juge pouvait refuser d'entendre le mineur lorsqu'il estimait qu'il n'avait pas l'âge de discernement. Aujourd'hui, le tribunal ne peut plus arguer de cette circonstance pour refuser l'audition, mais si, à son estime, l'enfant n'a pas le discernement nécessaire, il doit l'indiquer dans le rapport qu'il établit.

### Sous-section 3

#### Le droit de l'enfant à la protection contre toute forme de violence

Le dernier exemple d'influence – ou plutôt de non-influence que l'on espère provisoire – du droit international sur le statut juridique des jeunes et des enfants est celui de l'interdiction des châtiments corporels, mais il s'agit cette fois d'un domaine où le législateur belge est à la traîne dans le respect des conventions internationales qu'il a ratifiées.

Alors que cinquante-deux pays dans le monde, dont vingt pays européens, ont expressément interdit tous les châtiments corporels et autres formes de traitements dégradants à l'égard des enfants dans la loi et que des dizaines d'autres se sont engagés à le faire<sup>65</sup>, la Belgique a pour la deuxième fois<sup>66</sup> été rappelée à l'ordre par le Comité européen des droits sociaux<sup>67</sup> au terme d'une déci-

<sup>65</sup> Global Initiative to End All Corporal Punishment of Children, <http://www.endcorporalpunishment.org>.

<sup>66</sup> La première condamnation de la Belgique date de 2003: Organisation mondiale contre la torture (OMCT) contre la Belgique, réclamation n° 21/2003, décision sur le bien-fondé du 8 décembre 2003.

<sup>67</sup> Il s'agit du Comité d'experts indépendants institué par l'article 25 de la Charte sociale européenne de 1961. Une procédure de réclamations devant lui a été instaurée par le Protocole additionnel à la Charte

sion du 20 janvier 2015, au motif que les punitions corporelles infligées par les parents à leurs enfants, dans un but éducatif, ne sont pas expressément interdites par la loi<sup>68</sup>.

Les châtiments corporels, même les plus légers, administrés aux enfants, sont certes *implicitement* interdits en droit belge<sup>69</sup>. L'article 22bis, alinéa 1<sup>er</sup>, de la Constitution porte que «[c]haque enfant a droit au respect de son intégrité morale, physique, psychique et sexuelle».

Les articles 398 et suivants du Code pénal incriminent les actes constitutifs de «coups et blessures volontaires» et prévoient des dispositions tenant compte de l'âge de la victime. L'article 405ter du même Code prévoit en outre une circonstance aggravante lorsque le fait a été commis envers un mineur par ses père, mère ou autres ascendants, toute autre personne ayant autorité sur le mineur ou en ayant la garde ou toute autre personne qui cohabite occasionnellement ou habituellement avec la victime. Les articles 417bis à 417quinquies répriment par ailleurs la torture, les traitements inhumains et dégradants. En vertu du titre préliminaire de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait, «les mineurs jouissent dans le cadre de la présente loi, à titre propre, de droits et libertés, au nombre desquels figurent ceux qui sont énoncés dans la Constitution et la Convention internationale relative aux droits de l'enfant [...]». L'article 371 du Code civil, enfin, dispose que «[l]'enfant et ses père et mère se doivent, à tout âge, mutuellement le respect».

Aucun texte n'interdit toutefois *explicitement* les châtiments corporels, ce qui entretient une large confusion au sein de la population, mais aussi dans la jurisprudence interne. Certains tribunaux continuent de justifier les brutalités commises par les parents à l'égard de leurs enfants au nom d'un prétendu droit de «correction». Aux termes d'une décision du 13 mars 2012<sup>70</sup>, la Cour d'appel d'Anvers a légitimé le droit de correction éducative en ces termes: «Si, dans les limites de ce qui est raisonnable et admissible, un parent fait un usage proportionnellement justifié de son droit de correction à l'égard de son enfant mineur indocile, ce comportement est licite et il ne peut faire l'objet d'une condamnation pour coups et blessures intentionnels.»

Le flou juridique qui règne actuellement démontre l'urgence, pour l'État belge, de promouvoir le droit de l'enfant à une éducation non violente et d'interdire

sociale européenne du 9 novembre 1995 et intégrée ensuite, au titre de dispositions facultatives, à la Charte sociale révisée (Partie IV).

<sup>68</sup> Sur ce point, voy. G. MATHIEU, «Châtiments corporels: non, ce n'est pas pour son bien!», *J.D.J.*, 2015, n° 346, pp. 8-16.

<sup>69</sup> Sur cette question, voy.: J. FIERENS, «Pas panpan cucul papa! Les châtiments corporels et le droit applicable en Belgique», *J.D.J.*, 2010, pp. 14-24.

<sup>70</sup> Anvers, 13 mars 2012, *J.D.J.*, 2013, p. 37.

expressément toutes formes de violences, physiques ou psychiques, à leur égard. Un cadre légal plus explicite est une condition nécessaire – même si non suffisante – pour améliorer la situation et mettre fin à l'acceptation des punitions corporelles et aux violences éducatives.

Les instruments régionaux et internationaux ratifiés par la Belgique obligent à légiférer en ce sens. La CIDE interdit les châtiments corporels en ce qu'ils sont contraires au droit à l'intégrité physique et à la dignité de l'enfant, protégé par plusieurs articles de la Convention. L'article 19 met ainsi à charge des États une obligation positive de prendre des mesures pour protéger l'enfant contre toute forme de violence, de brutalité physique ou mentale, de mauvais traitement ou de négligence « pendant qu'il est sous la garde de ses parents ou de l'un d'eux, de son ou ses représentants légaux ou de toute autre personne à qui il est confié ». L'article 28, § 2, de la même convention porte que la discipline scolaire doit être appliquée d'une manière compatible avec la dignité de l'enfant en tant qu'être humain. L'article 37 prévoit que nul enfant ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Enfin, l'article 40 stipule que tout mineur pris en charge par la justice pour avoir enfreint la loi pénale a droit à un traitement qui soit de nature à favoriser son sens de la dignité et de la valeur personnelle et qui renforce son respect pour les droits de l'homme.

Se fondant sur ces dispositions, le Comité des droits de l'enfant considère qu'aucune forme de violence contre les enfants n'est acceptable, en aucune circonstance. De l'avis du Comité, tout châtiment corporel ne peut être que dégradant. Cette instance de contrôle a ainsi souligné à plusieurs reprises que les châtiments corporels, même légers, dans la famille, les écoles ou d'autres établissements, ou dans le système pénal, sont incompatibles avec la CIDE<sup>71</sup>. Le Comité reconnaît que l'exercice des fonctions parentales et l'administration de soins aux enfants, en particulier aux bébés et aux jeunes enfants, exigent fréquemment des actions et interventions physiques destinées à les protéger, mais elles sont très différentes du recours délibéré à la force en vue d'infliger un certain degré de douleur, de désagrément ou d'humiliation à des fins punitives. Pour le Comité, éliminer les châtiments violents et humiliants à l'égard des enfants par la voie d'une réforme législative et d'autres mesures nécessaires constitue une obligation immédiate et inconditionnelle des États parties<sup>72</sup>.

À l'occasion de l'examen des rapports périodiques des États parties, le Comité a ainsi demandé à de nombreux pays, dont la Belgique<sup>73</sup>, d'interdire clairement

<sup>71</sup> Observation générale n° 8 de 2006, « Le droit de l'enfant à une protection contre les châtiments corporels et les autres formes cruelles ou dégradantes de châtiments », CRC/C/GC/8; Observation générale n° 13 de 2011, « Le droit de l'enfant d'être protégé contre toutes les formes de violence », CRC/C/GC/13.

<sup>72</sup> Observation générale n° 8 de 2006, § 22.

<sup>73</sup> Observations finales du Comité des droits de l'enfant concernant la Belgique, 18 juin 2010, CRC/C/BEL/CO13-45 7-8, 30-40.

tous les châtiments corporels – dans les structures de placement, dans les écoles et dans les établissements pénitentiaires mais aussi dans la famille – et d'associer évidemment la réforme légale à des campagnes d'information et des programmes de sensibilisation pour promouvoir une parentalité positive<sup>74</sup>.

L'article 3 de la CEDH, de son côté, interdit la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants. La Cour européenne des droits de l'homme se montre, depuis longtemps déjà, défavorable aux châtiments corporels, considérant que ceux-ci peuvent revêtir le caractère de peine ou de traitement dégradant, que ce soit dans le cadre de la discipline scolaire, d'une procédure judiciaire<sup>75</sup>, mais aussi au sein du foyer<sup>76</sup>.

L'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques contient quant à lui une interdiction similaire à celle de l'article 3 de la Convention européenne, mentionnant en plus les « traitements cruels » : « Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. [...] » Le Comité des droits de l'homme<sup>77</sup> a estimé dans une observation générale que « [l']interdiction énoncée à l'article 7 concerne non seulement des actes qui provoquent chez la victime une douleur physique, mais aussi des actes qui infligent une souffrance mentale. En outre, de l'avis du Comité, l'interdiction doit s'étendre aux peines corporelles, y compris les châtiments excessifs infligés à titre de sanction pénale ou de mesure éducative ou disciplinaire. À cet égard, il convient de souligner que l'article 7 protège notamment les enfants, les élèves des établissements d'enseignement et les patients des institutions médicales. »<sup>78</sup>

L'article 17 de la Charte sociale européenne révisée du 3 mai 1996, ratifiée par la Belgique, porte, sous le titre « Droit des enfants et des adolescents à une protection sociale, juridique et économique », qu'« [e]n vue d'assurer aux enfants et aux adolescents l'exercice effectif du droit de grandir dans un milieu favorable à l'épanouissement de leur personnalité et au développement de leurs aptitudes physiques et mentales, les Parties s'engagent à prendre, soit directement, soit en coopération avec les organisations publiques ou privées, toutes les mesures nécessaires et appropriées tendant : [...] (b) à protéger les enfants et les adolescents contre la négligence, la violence ou l'exploitation ».

En 2003, à la suite d'une réclamation introduite par l'Organisation mondiale contre la torture (OMCT), le Comité européen des droits sociaux a conclu, par

<sup>74</sup> Rapport sur la vingt-huitième session, septembre/octobre 2001, CRC/C/111, § 715.

<sup>75</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978.

<sup>76</sup> Cour eur. D.H., arrêt *A. c. Royaume-Uni*, 24 septembre 1998. Dans cet arrêt, la Cour cite expressément l'article 19 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.

<sup>77</sup> Ce comité est institué par l'article 28 du Pacte. Il ne rend pas de décisions juridictionnelles contraignantes. Il est habilité à formuler des observations générales.

<sup>78</sup> Observation générale n° 20 remplaçant l'observation générale n° 7 concernant l'interdiction de la torture et des traitements cruels, 10 mars 1992, § 5.

onze voix contre deux, que la Belgique violait l'article 17 de la Charte sociale européenne révisée au motif que notre législation n'interdisait pas expressément les châtiments corporels infligés aux enfants dans le cadre familial. Le Comité a considéré qu'aucune des règles nationales, combinées ou prises isolément, n'était énoncée dans des termes suffisamment précis pour permettre aux parents et « autres personnes » de régler leur conduite conformément à l'article 17 de la Charte et d'atteindre le résultat demandé par cette disposition<sup>79</sup>. Concernant notamment l'introduction, en 1995, de la notion de respect mutuel entre l'enfant et ses parents dans le titre relatif à l'autorité parentale du Code civil (art. 371), le Comité, tout en reconnaissant que cet article allait dans le sens de l'article 17 de la Charte, relève que sa formulation générale empêche d'y voir une obligation claire et précise à charge des parents de ne pas utiliser de châtiments corporels à visée éducative. S'agissant ensuite du Code pénal, le Comité rappelle que même si le Code pénal punit les voies de fait et prévoit des sanctions aggravées si elles sont commises à l'égard des enfants, cela ne constitue pas une interdiction en droit suffisante au regard de l'article 17, § 1<sup>er</sup>, de la Charte révisée. Quant au droit à l'intégrité protégé par l'article 22bis de la Constitution, le Comité relève qu'il n'englobe pas de prime abord tous les aspects visés par l'article 17, notamment en ce que ce dernier couvre les châtiments à visée éducative.

Depuis cette décision, le Comité européen des droits sociaux a formulé à deux reprises (en 2007 et 2011) des conclusions aux termes desquelles il a réaffirmé que la législation belge n'était pas conforme à l'article 17 de la Charte au motif qu'il n'est pas expressément interdit d'infliger aux enfants des châtiments corporels au sein du foyer et dans les structures d'accueil pour enfants de toutes les Communautés de Belgique».

Les textes juridiques n'ont malheureusement pas évolué depuis la décision de 2003. C'est dès lors sans surprise que le Comité a réitéré sa position et condamné une seconde fois la Belgique au motif que le droit belge ne contient pas d'interdiction suffisante et effective des châtiments corporels, ce qui est contraire aux prescriptions de l'article 17 de la Charte.

Le Comité relève tout d'abord qu'il existe aujourd'hui un large consensus au sein des organes internationaux de protection des droits de l'homme, au niveau européen et international, pour considérer que les châtiments corporels infligés aux enfants doivent être expressément et entièrement interdits en droit. Il se réfère, en particulier, aux observations générales n° 8 et n° 13 du Comité des droits de l'enfant. Il rappelle ensuite son interprétation de l'article 17 de la Charte concernant les châtiments corporels infligés aux enfants, en ces termes : « Pour se conformer à l'article 17, le droit interne des États doit contenir des dispositions qui permettent d'interdire et de sanctionner toute forme de vio-

<sup>79</sup> §§ 46 et 48 de la décision.

lence à l'encontre des enfants, c'est-à-dire de tout acte ou comportement susceptible de porter atteinte à l'intégrité physique, à la dignité, au développement ou à l'épanouissement psychique de l'enfant. Ces dispositions doivent être suffisamment claires, contraignantes et précises pour ne pas laisser au juge la possibilité de refuser d'en faire application aux violences contre les enfants. Par ailleurs, l'État doit agir avec diligence pour éliminer concrètement les violences prosrites».

Une réforme de la loi pour interdire expressément tous les châtiments corporels et autres traitements humiliants ou dégradants contre les enfants, à tous niveaux, en ce compris au sein de la famille, est une première étape indispensable qui constituera un message clair envoyé à la société tout entière, mais aussi une exigence du droit international.

La question qui se pose évidemment est de savoir quelle disposition légale adopter sans risquer d'aboutir à une stigmatisation et à une condamnation ou une simple culpabilisation des parents ou autres personnes à la moindre gifle ou fessée donnée à un enfant. La réponse pénale n'est pas la voie à suivre. La systématicité de la sanction pénale aurait un effet négatif à l'égard des parents ou des éducateurs mais aussi sur l'enfant lui-même : « Celui-ci, qu'on le veuille ou non, se sentirait investi du pouvoir de mettre en accusation les adultes devant autrui ou à tout le moins de les en menacer, ce qui serait de nature à pervertir gravement la relation parents-enfants ou éducateurs-éduqués au préjudice de tous, et à disqualifier la figure paternelle (au sens large de celle qui peut être incarnée par n'importe quel parent ou éducateur), dont beaucoup disent qu'elle s'estompe dangereusement dans une société trop individualiste et dépourvue de repères pour les enfants. »<sup>80</sup>

L'objectif de la loi devrait être éducatif et non punitif. Il s'agit avant tout de prévenir la violence à l'égard des enfants et de dissuader de l'usage de la violence à des fins éducatives, sans toutefois provoquer des poursuites pénales à la moindre fessée. L'objectif n'est pas de culpabiliser, poursuivre ou condamner les parents pour avoir donné une claque à leur enfant, mais de poser les bases pour la promotion de méthodes éducatives non violentes et d'accompagner et soutenir les parents plutôt que de les punir.

Trois propositions de loi ont déjà été déposées au Sénat (en 1999, 2003 et 2006) afin de modifier l'article 371 du Code civil pour y insérer un alinéa supplémentaire ou d'insérer un nouvel article 371bis. L'objectif est de préciser explicitement le droit pour l'enfant de bénéficier d'une éducation non violente. Si les trois propositions de loi précitées sont devenues caduques par dissolution des chambres, une nouvelle proposition de loi a été déposée le 20 avril 2016 modifiant le Code civil en ce qui concerne le droit de l'enfant à une

<sup>80</sup> J. FIERENS, « Pas panpan cucul papa ! Les châtiments corporels et le droit applicable en Belgique », *op. cit.*, n° 65.

éducation non violente et l'interdiction de toutes formes de violences à son égard<sup>81</sup>.

## Conclusion

Les jeunes et les enfants sont sans conteste devenus des sujets de droit international, mais il convient que les législateurs et les tribunaux internes tirent davantage et mieux les conséquences de la prééminence de principe de l'ordre juridique supraétatique.

Les praticiens, dans le choix des demandes introduites au nom de leurs clients, et par les moyens de droit qu'ils invoquent, peuvent les y encourager.

---

<sup>81</sup> *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2015-2016, n° 54-1778/001.